



Die Beurteilung der Marktmacht vertikal integrierter Unternehmen auf dem Telekommunikationssektor (Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie)

I. Einführung

Der neue EG-Rechtsrahmen für die Regulierung der Telekommunikationsbranche hat die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen durch das Phänomen der Interdependenz von Märkten im Telekommunikationsrecht klar erkannt. Diese Interdependenz zahlreicher Märkte erlaubt es vertikal integrierten Unternehmen, Marktmachtpotenziale auf benachbarte Märkte zu übertragen, auf denen sie für sich betrachtet über keine marktbeherrschende Stellung verfügen. Die damit verbundenen „Vermachtungsgefahren“ stellen ein wesentliches Zukunftsthema der gesamten Kommunikationswirtschaft dar. Art 14 Abs. 3 der Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste¹ (Rahmenrichtlinie) reagiert auf dieses Problem.

Im Folgenden möchte ich zunächst einige Ausführungen zu einer sachgerechten Auslegung dieser Vorschrift machen. Im Anschluss hieran werde ich kurz auf das enorme Bedeutungspotenzial von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie im Zusammenspiel mit anderen Vorschriften des EG-Telekommunikationsrechts zu sprechen kommen und die weit reichende Bedeutung der Vorschrift an einigen – zum Teil ganz aktuellen – Beispielen aufzeigen.

II. Auslegung von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie

Lassen Sie mich Ihnen eingangs den Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vor Augen führen. Die Bestimmung lautet:

Art. 14. (3) Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf einem benachbarten Markt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

Die Begriffe des *bestimmten* und des *benachbarten* Marktes machen eines bereits zu Anfang ganz deutlich: Einer Prüfung von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie hat –

rechtssystematisch und logisch zwingend – eine sachgerechte Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte vorauszugehen.

Die Auslegung des Begriffs des *benachbarten* Marktes wirft eine Reihe von Fragen auf. So ist aus einer ökonomischen Perspektive jeder Markt mit einem anderen Markt verbunden; man muss dafür nur auf das Bindeglied der Kaufkraft abstellen². Mit dieser Erkenntnis darf sich jedoch der rechtsanwendende Jurist nicht zufrieden geben. Näher bestimmt werden kann der Begriff des benachbarten Marktes aber über eine vergleichende Betrachtung von Art. 2 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89³. Aus diesem Vergleich ergibt sich, dass unter den Begriff der benachbarten Märkte zumindest alle vor- und nachgelagerten Märkte subsumiert werden können⁴.

Können nun aber auch andere als vor- und nachgelagerte Märkte benachbarte Märkte i. S. d. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie sein? Ich meine: Ja! Dies zeigt sich bei einer vergleichenden Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 82 EG. Den Äußerungen des Generalanwalts *Colomer* in der Rechtssache *Tetra Pak II*⁵ können nämlich Kriterien dafür entnommen werden, wann ein benachbarter Markt vorliegt. Danach sind für das „Näheverhältnis“ der beiden Märkte unter anderem zu berücksichtigen: die Nachfrage- und Angebotsstruktur der Märkte, die Merkmale der Produkte, der Marktanteil des beherrschenden Unternehmens auf dem nicht beherrschten Markt sowie das Ausmaß, in dem das betroffene Unternehmen den beherrschten Markt kontrolliert⁶.

Diese im Rahmen des Art. 82 EG entwickelten Kriterien sind auch bei der Auslegung der Wendung „benachbarte Märkte“ i. S. d. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie heranzu-

1 Richtlinie 2001/21/EG der Kommission vom 7. 3. 2002, ABIEG Nr. L 108 vom 24. 4. 2002, S. 33 ff.; ausführlich zu dieser Vorschrift *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745 ff.; *dies.*, CR 2001, 825 ff.; *Braun/Capito*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC competition and telecommunications law*, 2002, S. 339 ff. Vgl. auch *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392 ff.
2 *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 12. Aufl. 1996, S. 104; *Lipsey/Chrystal*, Principles of economics, 9. Aufl. 1999, S. 50 f.; vgl. auch *Lademann*, WuW 1988, 575, 578; *Ruppelt*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band I, 9. Aufl. 2001, § 19, Rdnr. 8.
3 Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Fusionskontrollverordnung (ABIEG Nr. L 180 vom 9. 7. 1997, S. 1; ber. ABIEG Nr. L 40 vom 13. 2. 1998, S. 17).
4 Siehe dazu ausführlich *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 747 f.; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002 1, 9.
5 Generalanwalt *Colomer*, Schlussantrag zur Rs. C-333/94 P [EuGH, Slg. 1996, I-5951, 5970 – *Tetra Pak*].
6 Generalanwalt *Colomer* (Fn. 5), Tz. 57.

ziehen⁷. Hierdurch wird auch ein gewisser Gleichklang zwischen dem Telekommunikationsrecht und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht hergestellt. Auch den lauten Rufen nach einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung kommt man so ein wenig entgegen.

Lassen Sie mich als Ergebnis meiner kurzen Auslegungsbemühungen festhalten: Der Begriff „benachbarter Markt“ umfasst nicht nur vor- und nachgelagerte Märkte. Vielmehr kommen – unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien – sämtliche Zielmärkte in Betracht, die vom beherrschten Ausgangsmarkt beeinflusst werden können.

III. Das Bedeutungspotenzial von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie

Die Rahmenrichtlinie stellt in erster Linie Vorschriften auf, die für alle Teile des Regelungspaketes Geltung erlangen. Sie ist daher als *Allgemeiner Teil des EG-Telekommunikationsrechts* auf sekundärrechtlicher Ebene zu begreifen. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie hat mithin große Auswirkungen auf die Reichweite von Vorschriften der anderen Richtlinien.

Im Folgenden möchte ich die weit reichende Bedeutung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie anhand zweier Beispiele deutlich machen. Bei diesen beiden Beispielen soll es weniger darum gehen, den jeweiligen Fall anhand der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie schulmäßig zu prüfen. Vielmehr will ich mit einigen knappen Bemerkungen die Richtung andeuten, in die Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie weist.

1. Regulierung für Gesprächsverbindungen im Türkei-Verkehr

Mit der Entscheidung der deutschen RegTP vom 20. 2. 2001 wurde die Deutsche Telekom AG (DTAG) aus der Entgeltregulierung für Gesprächsverbindungen von Deutschland in die Türkei entlassen⁸. Vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie stellt sich nun folgendes Problem⁹: Die DTAG besitzt „beträchtliche Marktmacht“ auf allen Märkten für Auslandsgespräche, mit Ausnahme des Marktes für Gesprächsverbindungen in die Türkei. Eine beträchtliche Marktmacht der DTAG auch auf diesem Markt könnte sich jedoch über Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie ergeben. Dazu ist zunächst festzustellen, ob es sich bei dem Markt für Gesprächsverbindungen in die Türkei um einen „benachbarten Markt“ im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie handelt.

Bei dieser Beurteilung könnte man als Bezugspunkt zunächst die marktmächtige Stellung der DTAG auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse heranziehen. Dann wäre der Markt für Gesprächsverbindungen in die Türkei als insoweit nachgelagerter Markt zu begreifen. Geht man davon aus, dass die Voraussetzungen des Konditionalsatzes des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie erfüllt sind, könnte die DTAG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht i. S. d. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie eingestuft werden.

Wählt man als Bezugspunkt dagegen die Märkte für Gesprächsverbindungen in alle anderen Staaten, stehen die Märkte nicht im Verhältnis einer Vor- oder Nachlagerung zueinander. Hier wären dann die im Rahmen der

Auslegung von Art. 82 EG entwickelten Kriterien heranzuziehen¹¹. Vor allem die ähnliche Nachfrage- und Angebotsstruktur der Märkte spricht hier meines Erachtens für die Annahme von „benachbarten Märkten“ und führt zu einer hinreichenden Verbindung zwischen den Märkten. Auch die sonstigen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie¹² sind erfüllt. Die *Möglichkeit* der Übertragung von Marktmacht ist gegeben; es besteht die Gefahr einer *Quersubventionierung*. Es ist zumindest vorstellbar, dass die DTAG versucht, mithilfe von Kampfpreisen Wettbewerber aus dem Markt für Gesprächsverbindungen in die Türkei zu verdrängen¹³. Es erscheint schließlich auch *möglich*, dass die Verbindungen zwischen beiden Märkten die gesamte Marktmacht der DTAG verstärken¹⁴.

Nach alledem könnte die RegTP nach In-Kraft-Treten der Rahmenrichtlinie „davon ausgehen“, dass die DTAG als marktmächtiges Unternehmen auf allen anderen Märkten für Auslandsgespräche auch auf dem Markt für Gesprächsverbindungen im Türkei-Verkehr marktmächtig ist. Eine solche Feststellung der RegTP hätte wiederum unter anderem die Endkunden- und Zusammenschaltungsregulierung als Konsequenz¹⁵.

2. Der Fall „xxl“

Ein anderes Beispiel¹⁶: Beim Optionstarif „Aktiv plus xxl“ der DTAG wird der Telefonanschluss mit besonderen Preisen für Orts- und Fernverbindungen *gebündelt*. Der besondere Clou des Angebotes liegt darin, dass der Kunde an Sonn- und Feiertagen ohne *nutzungszeitabhängiges Entgelt* City-, Regional- und Deutschlandverbindungen sowie *Verbindungen zu Online-Diensten* nut-

7. Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745, 748 ff.; Braun/Capito (Fn. 1), S. 343. Ganz in diesem Sinne äußert sich auch die Kommission in ihren „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, ABIEG 2002, Nr. C 165/6, Tz. 84. [Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie] dient der Erfassung einer Marktlage wie jener, die zu dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Tetra Pak II* geführt hat“ (Hervorhebung im Original). Siehe auch die „Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich“, ABIEG 1998, Nr. C 265, 2 Tz. 65 ff.

8. Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 825, 827.

9. RegTP, Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2c 00/018; MMR 2001, 414 ff. = K&R 2001, 479 f. Die Begründung zu Eckpunkt 4 der Eckpunkte der RegTP zur Marktgrenzung/Marktbeherrschung (abrufbar unter: <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>) steht zu dieser Entscheidung in einem gewissen Spannungsverhältnis; ähnlich auch die Begründung zu Eckpunkt 5.

10. Dazu bereits ausführlich Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 825, 828 ff.

11. Siehe dazu näher oben unter II. und ausführlich Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745, 748.

12. Ausführlich zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745, 747 ff.

13. Eine solche Strategie würde, auch durch den Umstand erleichtert, dass alle Kunden, die ihren Teilnehmeranschluss von der DTAG gemietet haben, auch bei Auslandsgesprächen automatisch über die DTAG telefonieren, sofern sie keine Verbindungsnetzbetreiberkennzahl vor der Teilnehmernummer wählen; siehe dazu näher Koenig/Kühling, WuW 2000, 596, 606; Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 825, 829. Dieses System begründet eine strukturelle Markteintrittsbarriere; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Überlegungen der RegTP im 14. Eckpunkt zur Marktgrenzung/Marktbeherrschung; RegTP, Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2c 00/018; MMR 2001, 414; <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>.

14. Vgl. die Ausführungen der RegTP in der Begründung (S. 1) zum 7. Eckpunkt zur Marktgrenzung/Marktbeherrschung (RegTP, Beschluss vom 20. 2. 2001 – BK 2c 00/018; MMR 2001, 414; <http://www.regtp.de/aktuelles/00428/02/index.html>).

15. Siehe dazu auch Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 825, 827 f.

16. Siehe dazu bereits Koenig/Braun, K&R-Beilage Nr. 2/2002, 1, 7.

zen kann¹⁷. Der Tarif wird nur für solche Anschlüsse überlassen, bei denen die DTAG als *Verbindungsnetzbetreiber voreingestellt* wird. Die DTAG ist das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse¹⁸. Der oder die Märkte für Telefonfernverbindungen (hier ist im Einzelnen ja einiges strittig) ist bzw. sind sachlich hiervon abzugrenzende Märkte. Gleiches gilt für den Markt für die Verbindung zu Online-Diensten. Beide Märkte sind dem Markt für Anschlüsse *nachgelagert* und damit jeweils benachbarte Märkte im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Durch das „xxl“-Angebot erscheint es *möglich*, Marktmacht aus dem Markt für Teilnehmeranschlüsse auf den Markt für Fernverbindungen sowie auf den Markt für Verbindungen zu Online-Diensten zu übertragen. Viele Kunden nutzen erfahrungsgemäß bei einer Voreinstellung die Möglichkeit des Call-by-Call nicht mehr¹⁹. Durch die mit dem günstigen Angebot verbundene Voreinstellung der DTAG kann diese ihre Stellung auf dem Markt für Fernverbindungen und auf dem Markt für Verbindungen zu Online-Diensten daher weiter *ausbauen*.

In der Entscheidungspraxis der RegTP ist das „xxl“-Angebot übrigens mittlerweile – zunächst hatte die RegTP das Angebot ja „testweise“ genehmigt²⁰ – als *rechtswidrig* erkannt worden²¹. Der vertragliche Ausschluss der Preselection-Möglichkeit beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen erheblich. Die Ausschlussklausel komme somit in ihrer Wirkung einem Kopplungsgeschäft gleich²². Es liege daher ein „offenkundiger Verstoß“ gegen § 19 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 GWB vor²³.

IV. Fazit

Meines Erachtens weist Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie den richtigen Weg. Meine Ausführungen haben den wei-

ten Anwendungsbereich der Vorschrift deutlich werden lassen. Dies verlangt nach einer Normauslegung lege artis. Nur eine strenge Gesetzesbindung vermag in den sensiblen Telekommunikationsmärkten die notwendige Rechtssicherheit zu vermitteln²⁴. Besonders hervorzuheben ist, dass eine Prüfung von Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie der sachgerechten Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte rechtssystematisch wie logisch nachrangig ist. Es zeigt sich aber bei einem konkreten Beispiel wie der Türkei-Entscheidung, dass die Einbeziehung des Konzepts der benachbarten Märkte Unsicherheiten bei der Marktgrenzung auffangen kann. Gleichwohl ist Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie kein wettbewerbsrechtliches Allheilmittel. Insbesondere dem Phänomen der Quersubventionierung kann damit nur zum Teil begegnet werden. Insoweit sind weitere wettbewerbsrechtliche Instrumente erforderlich – aber das ist ein anderes Thema.

17 Besonders interessant wird der Fall dadurch, dass sich bald herausstellte, dass viele Nutzer an Sonn- und Feiertagen vor allem die Verbindungen zu Online-Diensten nutzten.

18 RegTP (Beschlusskammer 2), Beschluss vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134, 134.

19 RegTP (Beschlusskammer 2), Beschluss vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134, 136.

20 Schuster, MMR 2001, 200, 200; ders., MMR 2001, 298, 304; weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei dieser „testweisen“ Genehmigung um ein Instrument handelt, welches das TKG nicht kennt. Siehe dazu auch Koenig/Braun, K&R-Beilage Nr. 2/2002, 1, 49.

21 RegTP (Beschlusskammer 2), Beschluss vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134 f. Vgl. zur Entscheidung der RegTP auch die zustimmende Anmerkung von Neumann/Peya, MMR 2002, 185 f.

22 RegTP (Beschlusskammer 2), Beschluss vom 20. 9. 2001 – BK 2c-01/012, MMR 2002, 134, 136.

23 Das höhere Überlassungsentgelt für analoge Telefonanschlüsse im Vergleich zu ISDN-Anschlüssen beanstandete die RegTP nicht. Dieser Unterschied könnte durch ein unterschiedliches Nutzungsverhalten gerechtfertigt sein (RegTP, MMR 2002, 134, 136).

24 Koenig/Kühling/Braun, CR 2001, 745, 751.